

医療事故訴訟における過失判断基準（一）

——医療水準をこえて——

小 谷 昌 子

- 一 はじめに
 - 1 医療事故訴訟とは
 - 2 過失判断における医療水準の役割
- 二 医師の診療上の注意義務水準
 - 1 医療水準とはなにか —松倉説の再検討—
 - (1) 未熟児網膜症訴訟判決と医療水準の登場
 - (2) その後の裁判例の動き
 - (3) 医療水準の変容
 - 2 医療水準の到達点
 - (1) 各説の比較
 - (2) 医療水準＝過失判断基準か？ (以上本号)
- 三 医療水準の再構成
 - 1 医療水準の「わかりにくさ」
 - 2 医療水準の再構成 —再び医療水準とはなにか
- 四 おわりに
 - 一 はじめに

1 医療事故訴訟とは

本論文においては、医療事故訴訟における注意義務基準、すなわち過失判断基準につき検討する。これは、医療事故訴訟においては、しばしば過失判断が重要なポイント⁽¹⁾を占めるからである。

ところで、一般的に医療事故と医療過誤という語が用いられているが、これらの定義としては、以下のものが一般的であった。たとえば、医療過誤とは「医師が患者に対して診療行為を施すにあたり当然払うべき業務上必要とされる注意義務を怠り、これによって患者の生命・身体を侵害し、死傷などの結果を惹起せしめた場合⁽²⁾」を指すとするものである。これは、「医療に関わる場所で、主に医療行為の受給者である患者を被害者として、診断、検査、治療など医療の全過程において発生する人身事故一切を包括する言葉」であり、「その発生、原因、責任の所在を一応度外視した、社会現象としての事件を指称する」医療事故という言葉よりも限定的な意味合いを有する言葉として区別されるといわれる⁽³⁾。この定義に従った場合、医療過誤と医療事故という語の相違は、医療従事者の過失ある行為が介在する医療事故を意味する語であるか、そうした価値判断を挟まずに、単純に事故という現象を表すに過ぎない語であるかという点に集約されるだろう。したがって、このような定義に従った場合、医療過誤の存否を事後的に判断するのが医療過誤訴訟であるということになる⁽⁴⁾。

しかし、その一方で、この定義が必ずしも適切ではないと指摘されていることにも注意すべきである。これは、「過誤」という用語に法的な概念である「過失」概念を包含させず、「過誤」を「医界における基準」を尺度として決せられるものと理解する立場である⁽⁵⁾。この考え方に従えば、「過誤」とは、法的価値判断とは一応切り離された語として理解できよう。つまり、仮に医界においては過誤があったと判断されるような事象であっても、法的責任を課すべきではない場合——たとえば、稀な症例が予期せずに発生し、これを予見することを要求するのが酷である場合などが考えられる——には、医学的には医療過誤と言えなくもないが、法的には過失なし、との結論になることも考えられる。医療事故訴訟が高度に専門的な医療という分野を取り扱う以上、医界における基準と法的基準の間に齟齬が生じることは想像に難くないことを考慮すれば、厳密には法的基準を用いることにより過失の有無⁽⁶⁾

を判断するものとして医療事故訴訟を捉えることが適当であるようにも思われる。

このように、医療事故訴訟や医療過誤とはいかなるものかに関する議論を概観しても、医療事故や医療過誤という事象においては、医的評価によって判断されるミス、あるいは法的評価による過失が大きな意味を持つように思われる。事実、医師も含めた医療機関に法的な責任を課すことの可否を判断する場合、当該医療機関に過失があったか否かは必ず検討されることになる。このことは損害賠償請求を債務不履行（民法第415条）を根拠として構成する場合も、不法行為（民法第709条など）を根拠として構成する場合も変わることがない。いうまでもなく、債務不履行の成立には債務者の責めに帰すべき事由（帰責事由）が、また、不法行為の成立要件としては過失が要求されるからである。

なお、通説では、不法行為的構成と債務不履行的構成のいずれを採っても過失判断には大きな差異がないとされることから、多くの議論は両者に共通に当てはまると考えられる。⁽⁷⁾したがって、以下では、とくに断らない限り両者を区別しないで論ずることとする。

2 過失判断における医療水準の役割

医療事故訴訟において、医師をはじめとする医療側に責任ありというためには、当該医師の行為に過失があることが求められる。⁽⁸⁾そして、この過失の有無を判断するためには、前提として当該医師に求められる注意義務の程度、つまり注意義務基準が画定されている必要がある。ここで大きな役割を果たすといわれるのが、「医療過誤事件において、この注意義務の基準となるのが『医療水準』である⁽⁹⁾」と説明される概念である。事実、最高裁判所第三小法廷昭和57年3月30日判決も、「注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践の場における医療水準である」と述べる。

しかしながら、「『医療水準』がどのような内容のものであるのかについて

は、必ずしも十分な共通理解が得られているとは思われない⁽¹¹⁾と指摘されるように、この医療水準の概念は決して明確なものではないようである。このようななかで、その生成の時点まで立ち返って検討することにより医療水準概念を明らかにすることは非常に重要であろう。なんとなれば、医療水準概念は過失判断の基準となるとされることから、この概念がいかなるものであるのかを明らかにすることは、医療事故訴訟における過失判断基準を考えるにおいても重要な位置を占めることになると思われるからであり、当該概念の明確化が図られないことには、医療事故訴訟において妥当な結論を得ることも、またできないと考えるからである。⁽¹²⁾

そこで、本論文は、医療事故訴訟における過失判断基準について考察することを目的とする。そのためには、医療水準なるものについてこれまでの裁判例——とりわけ、医療水準概念が醸成される土壌となった未熟児網膜症に関する一連の裁判例——および学説を再検討し、この医療水準概念をどのように捉えるべきかについて、さらに医療水準が医療事故訴訟において果たす役割について検討することが必要であろう。以下、第二章においては医療水準というものが、現在、医療事故訴訟においていかなる役割を担っているとされるのかについて考察する。まず、医療水準という概念が裁判例および学説によりいかに生成され、その後の判例・学説においてどのような概念的変遷をたどったのかを確認する。さらに、医療水準に関する諸学説の比較などにより、医療水準の現在の到達点を明らかにすることを試みる。次に、第三章においては、現在も医療水準概念が明確なものとなっていない理由を解き明かすために、現在の裁判例上、医療水準概念が果たしている機能について検討する。これを受けて、医療水準をどのように考えていくことが望ましいか、そしてそれが医療事故訴訟でなされる過失判断においてどのような役割を果たすべきかにつき示唆を行う。⁽¹³⁾

なお、医療事故は、実際に実施された治療行為や処置が医療技術的に、また法的に評価して誤っていたといえるか否かにつき判断をする技術過誤と、⁽¹⁴⁾

⁽¹⁵⁾

医師のなすべき説明が適切であったか否かが問題となる説明義務違反に分類できることから、本論文においては技術過誤類型の医療事故訴訟のみに焦点をあてることにする。これは、そもそも技術過誤が問題とされた裁判例、すなわち、上述の未熟児網膜症判決において医療水準概念が生成されてきたためである。また、近年、不法行為訴訟においては事件類型ごとに異なった判断枠組みが構築されていることを考慮すると、医療技術過誤事件で問題とされる医療行為と、説明義務違反事件で問題とされる説明とでは、そこでなされる過失判断における基準を異にすると推測できる。したがって、まずは技術過誤における過失判断基準について考察し、説明義務違反における過失判断基準に関しては別の機会において詳細に考察することとしたい。⁽¹⁸⁾

二 医師の診療上の注意義務基準

1 医療水準とはなにか——松倉説の再検討——

(1) 未熟児網膜症訴訟判決と医療水準の登場

医療水準が、主に未熟児網膜症という疾患に関する一連の裁判例において構築されてきた経緯を持つことは先に述べた。そこで、本題に入る前にまず未熟児網膜症とそれに関する一連の訴訟について、簡単に説明を加えることにする。

未熟児網膜症とは「未熟児に多く発症し、重症の場合には網膜剥離から失明に至るもので、その原因には、網膜血管などの未熟性のほか、保育器内で投与される酸素量などが関係すると考えられている⁽¹⁹⁾」と説明される疾患である。昭和40年代末以降に、この疾患に関する訴訟が数多く提起されたが、とりわけ特徴的であったのは、判決文中において、治療法や検査法の発展経過などについて周到な検討が加えられたことである⁽²¹⁾。このような特徴を有する理由のひとつとしては「未熟児網膜症が比較的新しい病態で、その原因、予防法、治療法等については、年代により専門家の見解にも相違点があり、また小児科、産科、眼科の各分野にまたがるものであ⁽²²⁾」ったことが指摘されて

いる。つまり、未熟児網膜症という疾患が当時まだ未解明であったため、訴訟においては、事故当時にかなる治療法や検査法が一般的になされていたのが問題とされたのである。

すべての判決を一括りにして論じることは難しいものの、一連の未熟児網膜症訴訟において、医療側の過失につきいかなることが争われたか、簡単にまとめておこう。⁽²³⁾

第一に問題となったのは、未熟児が出生した後の管理状況、とりわけ酸素補給管理における過失の有無である。これはつまり、患者が未熟児網膜症に罹患したこと、換言すれば、未熟児網膜症への罹患を予防できなかったことにつき医師の責任を問うものである。一般的に未熟児保育においては保育器内での酸素の投与が必要とされるが、その一方で、当時、未熟児網膜症が、⁽²⁴⁾酸素の過剰投与により引き起こされるとも考えられはじめていた。⁽²⁵⁾このため、未熟児に投与された酸素の量および濃度の測定方法が、それぞれの事故当時に未熟児網膜症の発症のメカニズムに関する知見が一般的であったかということに照らして、問題とされたのである。

第二に問題とされたのが、未熟児網膜症に罹患した後の診断あるいは処置における過失の有無である。これはさらに、未熟児網膜症を早期に発見するために必要とされる眼底検査の実施における過失、および治療時に知られていた治療法の実施における過失の二つに大別される。⁽²⁶⁾眼底検査は治療の前提となるものであるから、眼底検査の実施における過失と、治療の実施における過失は密接に関連すると考えてよいであろう。仮に実施義務が認められる治療法が存在するのであれば、その要否を判断するために眼底検査を行う義務が生じるためである。多くの未熟児網膜症訴訟において、事件が起きた時期には標準的な治療方法が確立されていなかった。このため、その時期に提唱されていた治療法——多くの訴訟において主に光凝固法や冷凍凝固法といった治療法がとりあげられている——の実施義務があったか否かが大きな争点となったのである。以上で問題とされた過失を指して、第一のものを

「発症責任」、第二のものを「治療責任」とそれぞれ称することもある。⁽²⁷⁾

さて、一連の裁判例の中でごく初期に下された判決として挙げられるのは、岐阜地方裁判所昭和49年3月25日判決⁽²⁸⁾および長崎地方裁判所昭和49年6月26日判決⁽²⁹⁾の2判決であろう。この2判決は、その直後に「昭和49年内に相次いで結論を異にする二つの判決……がなされて、医学界、法学界に大きな反響を呼び、未熟児に対するあるべき管理体制・診療体制も社会問題となった⁽³⁰⁾」と評されているように、対照的な結論に帰している。

岐阜地裁は、1969（昭和44）年12月22日に出生し未熟児網膜症に罹患した結果両目とも失明した患者に対し、医師が同症の治療法のひとつである光凝固法を実施しなかったことが過失にあたりと結論づけた。その理由として、「天理病院においては既に光凝固法は網膜症に対する確実な治療法とされ施行されていたことは認められるものの、原告……出生当時その施行が医学界の常例となっていなかったことは前記認定の如くであるので、その点につき考えるに、医師としては患者に対する治療もむなしく唯悪化を待つしかないという状況に直面した際、その最悪な状態を回避すべき治療手段が仮にその施行が医学界の常例ではないとしても他において施行されしかもその有効性が認められているとしたなら、当該治療手段をうけしめるべく適正な手続をとるのが医師としての最善の注意義務と考える」〔傍点は筆者による。以下断わりがない場合も同様〕との見解を示している。

これに対し、長崎地方裁判所は1967（昭和42）年4月6日に出生し、未熟児網膜症に罹患した結果、両目とも失明した患者に対して、医師は結果の発生を予見すべきであったか、および、定期的に眼底検査をすべきであったか否かについて次のように判示する。

「当時小児科医たる被告〔医師〕が、未熟児網膜症殊に失明という重大な結果の発生を具体的に予見しなかったからといって、過失ありということはできないと考える。けだし、第一に昭和四二年四月当時は、植村恭夫らがわが国において全

く安全のように思われて広く行われている未熟児保育においても発症のありうることを警告して半年あるいは一年経ってはいたが、いまだそのような認識が一般化するには至らず、わが国小児科医の平均的認識においては、極端な酸素供給をしなければ発症はないと考えられていたこと前述のとおりであり、医学上の所見にあっては、従来の観念を破る所見が発表されても、いまだ一部の眼科医、小児科医によって追試が行われている段階においては、その所説を前提として直ちに一般化し医師の予見義務を設定することはできない」「定期的眼底検査の必要性を認めて当時これを実施していたのは極く少数の施設においてであり、……当時の医学界は、たとえそのようにして未熟児網膜症の発症を発見したとしてもこれに対して効果の実証された治療法を持たない段階にあったことに鑑みれば、一年ないし半年前から一部の医師によって定期的眼底検査の必要性を説く見解が発表されていたのにこれを知らず、右所説に副うような措置をしなかったことをもって、被告〔医師〕に過失ありということはできない」〔亀甲括弧内は筆者による。以下断わりがない場合も同様〕。

たしかに、岐阜地裁判決と長崎地裁判決では事件の発生時期におよそ2年8ヶ月の開きがあることから、単純に比較することは困難であるとも言えよう。⁽³¹⁾しかし、あえて両者を比較した場合、両判決における《当時の医学界の状況》の、結論に与える影響の強弱を見てとることができそうである。すなわち、長崎地裁判決によると、当時の小児科医の「平均的意識」を鑑みて、未熟児網膜症の発症や失明という結果の発生を予見する義務はなかったと述べられている。さらに、眼底検査の不実施についても、過失を否定する理由として、有効な治療法がなかったこととあわせて、「定期的眼底検査の必要性を認めて当時これを実施していたのは極く少数の施設においてであ」ったことが考慮されている。これに対して、岐阜地裁判決においては、光凝固法の施行が診療当時、「医学界の常例」ではなかったことが認められつつも、「ほかにおいて施行されしかもその有効性が認められている」場合には患者に光凝固法を受けさせることができるよう、適正な手続をとらなければなら

ないとされている。このことからすれば、岐阜地裁は当時の「医学界の常例」をそれほど重視していなかったものと考えられる。このように、問題となっている行為が《当時の医学界の状況》に照らすと必ずしも一般的なものではなかったと認められている点においては、両判決は共通している。しかしそれにもかかわらず、対照的な結論に帰しているのは、判決中で認定された光凝固法が当時一般的な治療法として確立していなかったという事実が与える影響の強さが異なっているからであると考えられるのである。

もっとも、すでに指摘したとおり、長崎地裁判決事件は、岐阜地裁判決事件よりも2年半あまり早く発生している。このため、両判決の間になぜこのような相違が起きたのかにつき検討したとしても、結局のところその根拠が時期の違いに収斂されてしまう可能性が高いように思われる。この意味で、その後の医療水準に関する議論から振り返ってみると、実のところ両判決それぞれ自体や両者の相違点は、その後の議論にそれほど大きなインパクトを与えるものではなかったとの感も受けるのである。

それでは、後の医療水準に関する議論に大きな影響を与えたのは、何であったのだろうか。それは、その後ほどなくして公表された、このふたつの判決に関するある論文である。この「未熟児網膜症による失明事例といわゆる『現代医学の水準』」(以下、「松倉論文」とする)⁽³³⁾と題された論文は、前掲の岐阜地裁判決と長崎地裁判決を取り上げ、両判決が考慮した《当時の医学界の状況》について、主に法的注意義務基準との関係を明らかにするものであった。

松倉論文の述べるところをやや詳細に見ていくことにしよう。まず、松倉論文は「最近医療過誤裁判例の中で、『現代の医学水準』とか『医療の一般水準』とか、『医学界の常識、常例あるいは定説』とか、その他これに類する言葉がよく使われている」と指摘したうえで、これらを「本来、医学・医療の実情をいうための言葉であるが、ひいてそれが、医療過誤問題の中で医療行為における法的な注意義務をいうために、あるいは注意義務の基準その

ものとして使われている」と指摘する⁽³⁴⁾。そのうえで、松倉論文は、これらの《当時の医学界の状況》を表す文言は、法的な注意義務基準とイコールではないということを述べるのである。

「従来医師の注意程度をいう場合、それが“通常一般の程度”であれ、また“より高度、万全の注意”であれ、そこには当該医師ないし病院施設等の学術的位置や社会的背景、あるいは専門区分その他の診療体制、さらには僻地診療、救急診療などいわゆる診療環境等々に応じて、求められる注意内容に一定範囲内のレベル差がある、といわれていることは周知の通りであるが、本項でいう医療水準とはそういうことではなくて、個々の問題に関する医学が現在学問として本来どの程度にあるか、あるいはそれを反映する医療が現にどの程度にあるのか、またはあるべきなのかをいう『水準』を意味する。従ってこのことは、本来医学自身が主体的に考えることなのであり、前期実務上の注意基準との関係はむしろ二次的のものである⁽³⁵⁾」〔傍点は原文ママ〕。

さらに、ここで述べられた「個々の問題に関する医学が現在学問として本来どの程度にあるか、あるいはそれを反映する医療が現にどの程度にあるのか、またはあるべきなのかをいう『水準』」は、「学問としての医学水準」と「実践としての医療水準」に分けることができる、とする。前者は「将来において一般化すべき目標の下に現に重ねつつある基本的研究水準」であり、すなわち「学会に提出された何らかの学術的問題が基礎医学的にまたは臨床医学的に、何十回かあるいは何年かの内外諸学者間の、もしくは学会間の研究、討議の繰返しを経て、問題の全容又はその核心の方向付けが学会レベルで一応認容されるに至って始めて形成される、というもの」とされる。対して後者は「現に一般普遍化した医療としての現在の実施目標」、すなわち「前記のようにして形成された医学水準の諸問題につき、これを医療の実践として普遍化するために、あるいは普遍化し得るや否やを知るために、さらに多くの技術や施設の改善、経験的研究の積み重ね、時には学説の修整をも

試みてようやく専門家レベルでその実際適用の水準としてほぼ定着したものの」⁽³⁶⁾である。

松倉論文に著されている考え方の中で、とくに注視する必要があるのは、ここで述べられている医療水準——便宜的に、「松倉説における医療水準」と呼ぶことにする——が「専門家レベルで定着したもの」であり、「医療としての現在の実施目標」であるということである。同論文が患者の転医義務⁽³⁷⁾についても触れていることを鑑みても、すでに諸論者により指摘されているように⁽³⁸⁾、松倉説における医療水準は医療界全体での「実施目標」なのである⁽³⁹⁾。これを換言すれば、松倉説における医療水準は大学病院や大病院のレベルに合わせて設定されており、いわゆる転医義務の存在を前提として「大学病院や大病院での医療の程度といわゆる第一線開業医でのそれとの格差……が前記医療水準を左右するものではない」としていると読むことができる。つまり、当該医療機関にこの医療界全体での実施目標が達成できない事情がある場合には、転医義務が課されると解することができよう。

以上に紹介した見解は今日的な意味での医療水準概念の萌芽といってもよいであろうが、それ以前の下級審レベルにおいても医療水準という文言や、同様の概念が用いられた判断は散見されることに注意すべきであろう。たとえば、医師が下した肺結核との診断に過失があったか否かが問題とされた東京高等裁判所昭和35年10月31日判決⁽⁴⁰⁾において、「……前記の資料からかような診断を下すことが当時の医療水準の下では決して無理とはいえなかつたことも前記各鑑定人の鑑定の結果により明らかである。すなわち右被控訴人等がかような診断を下したことはその当時においては合理的な根拠を具備したものであるから、たとえ現在から判断して当時控訴人が肺結核に罹っていたことを確認できないにせよ、右被控訴人等の診断を以て医師として通常用うべき注意を欠いた結果によるものということとはできない」として、医師の過失が否定されている⁽⁴¹⁾。ただし、岐阜地裁判決以前の裁判例において用いられた医療水準に類似する概念——それは「その当時における医師の一般的医学

「⁽⁴²⁾知識」や「⁽⁴³⁾本件診療時の医学の水準」など、様々な文言で表現されている⁽⁴⁴⁾——は、必ずしも注意義務の基準として用いられているのではないことにも注意しておかねばなるまい。すなわち、前掲東京高裁昭和35年10月31日判決のように医師の責任を否定する際に、あるいは、責任を肯定する際に、その⁽⁴⁵⁾結論を正当化するための根拠として、あるいは当事者を納得させるための修⁽⁴⁶⁾辞句として用いられているように思われるのである。ここでは、医療水準、あるいはそれに類似する概念は訴訟において、結論を左右するほどの決定的な意味を有するものではなかったといえよう。

いずれにせよ、松倉説はそれまでの下級審判例を基礎として提唱されたものであり、医療水準論は、裁判例において浮かび上がってきたものを学説が拾い出すような形で議論をスタートさせたと理解できるのである。

(2) その後の裁判例の動き

上述の岐阜地裁判決および長崎地裁判決以降、未熟児網膜症に関しては、9件の最高裁判決を含む80件あまりの⁽⁴⁷⁾判決が公表されている。⁽⁴⁸⁾これらの裁判例において医療水準、あるいは医療水準に類似する概念はいかなる役割を担っていたのであろうか。

① 「医療水準＝過失判断基準」という考え方の登場

長崎地裁判決以降、最高裁判所が1982(昭和57)年3月30日に日赤高山病院未熟児網膜症事件について判決するまでの期間、他の未熟児網膜症に関する訴訟はもちろん、それ以外の医療事故訴訟においても、医療水準に類似する概念は引き続き用いられている。しかし、長崎地裁判決までの判決においては、医療水準に類似する概念があくまで判断要素のひとつであるのに対し、これ以降の判決においてはその用いられ方がやや変化しているように思われる。

例えば、大阪地方裁判所昭和51年5月12日判決は次のように述べる。⁽⁴⁹⁾

「医療行為をなした当該医師の過失判断の前提として注意義務の内容をなす結果

予見可能性及び結果回避可能性有無の基準となるべきものは、診療当時におけるいわゆる臨床医学の実践としての医療水準である。……これに対して、当該診療行為後に高められた医療水準を基準とし過去に遡って過失の有無を判断することは出来ない。従ってまた、診療当時一部の先進的な大学、研究所、病院のみにおいて知られていた医学ないし医療水準を基準とすることは妥当でない。要するに、日進月歩の医学の研鑽に努めている通常の医師によって当時認識され、且つ医学界において当時合理性と安全性が是認された臨床医学の水準を以て過失の有無の判断の基準とすべきである」。

ここでは「注意義務の内容をなす結果予見可能性及び結果回避可能性有無の基準となるべきものは、診療当時におけるいわゆる臨床医学の実践としての医療水準である」と述べられており、松倉論文において用いられている文言を踏襲していることが推測⁽⁵⁰⁾できる。ただし、上述のように同論文では「医療水準」は「本来、医学・医療の実情をいうための言葉である」⁽⁵¹⁾であるとされ、注意義務違反の有無の基準となるべきもの、とは述べられていないことには注意⁽⁵²⁾すべきであろう。

そしてこの判決を皮切りに、いくつかの下級審判決——その多くは未熟児網膜症に関するものである——において、《医療水準を過失有無の判断の基準とするべき》あるいは《医師には当時の医療水準に達した治療をするべき義務がある》⁽⁵³⁾などの記述が散見されるようになるのである。

たとえば、浦和地方裁判所昭和52年3月31日判決は、「医師は、……医療行為自体が日々進歩するものであるから、自己の医学知識についても不断にこれを高め、できるかぎり当時の医学界の水準に達した医療措置をとるべき義務があるといわなければならない」との前提にたつたうえで、当該医師の義務違反を問う前提としての注意義務の基準を決定しようとする。

また、高松地方裁判所丸亀支部昭和53年3月31日判決は次のように述べる。⁽⁵⁵⁾

「ある医師のなした具体的な医療行為(医療上の不措置を含む。)によって悪い結果が生じた場合において、当該医師の過失の前提となる注意義務について、その当時の通常の医師における臨床医学の水準的知識、特に事実上の専門医として医療行為に携っている医師に関しては当該医師の専門分野及びその近接分野における水準的知識がまず基準とされるべきである。……要するに、種々の医学的実験を経た後、医学界において有効性や合理性(安全性を含む。)が是認、支持されたもので、かつ、日進月歩の医学の研さんに努めている通常の医師によってそのようなものとして当時認識されていた臨床医学の水準(以下「医療水準」という。)をもって、まず注意義務の判断の基準となすべきである……。

更に、医療行為は、何よりも実践であって、医師の注意義務の判断に当っては、当該医師の置かれている社会的、経済的、地理的な環境(当該医療施設が大学等の研究機関であるか、国公立の専門病院であるか、一般総合病院であるか、普通病院であるか、個人開業医の診療所であるかの点や、勤務医の場合人的物的諸条件の整備度の点を含む。)からの外在的な制約やその他の諸事情をも考慮に入れるべきものである」。

このように、下級審判決においては、医師の責任を肯定し、あるいは否定する判断の基礎となる要素のなかでいかなる位置づけがなされているのかがそれまで不明であった医療水準、およびそれに類似する概念の位置づけが、次第に明確化されてきたといえる。つまり、医療水準が医師の行為における過失の有無を判断するうえで中心的、第一次的な役割を担うようになったのである。なかでも、この高松地裁丸亀支部判決は、第二次的に当該医師の置かれている社会的、経済的、地理的な環境を考慮する前提として、医療水準を第一次的な基準とするとの考えを示した。そして、この判断枠組みは他の下級審判決でも踏襲され、最高裁判所第三小法廷昭和57年3月30日判決において「人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のため実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるが……、右注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である」と判示されるに至り、医療水準の位置づけ

は決定的なものとした⁽⁵⁸⁾。もっとも、最高裁判所昭和57年3月30日判決は、未熟児網膜症に対する各種の治療法が医療水準として確立していなかったことを理由に医師の過失を否定した原審の判断を是認するものであり、ここでは医療水準以外の要素、すなわち医師のおかれた環境や外在的制約等をいかに考慮すべきかに関しての判断は示されていない。このことから、医療水準が過失判断基準そのものであるのか、あるいは、過失判断基準画定の際の主要な基準となるのかについては完全に明確となっていない。そうであるがゆえに、医療水準をもって直ちに過失判断基準であるということも、この時点では一定の留保をしなくてはならないと思われる。

しかし、いずれにせよ訴訟において中心的な争点となっていたのは、ある知見や技術が医療水準として確立しているか否かについてであり、事実上、この判断が結論を左右していた。その意味では、医療水準が過失判断基準の画定においてかなり中心的、本質的な役割を担っていたといえよう。

② 下級審裁判例における医療水準の判断方法

ところで、下級審裁判例において用いられた基準としての医療水準が、松倉説における医療水準と同じ意味を有するものであったのか否かについては検討の余地があるところである。そこで、《なにをもって医療水準確立の有無が判断されていたか》という見地から検証してみよう。まず、当該知見や技術が医療水準に達しているか否かの判断は、それが普及しているか否かの判断をもってなされていた⁽⁵⁹⁾。実際、この時期の下級審裁判例のなかには、「医療水準にあるというためには、新しい治療法が開発提唱せられた場合、その医療領域における研究者らによる追試等を経て、一定の診断・治療基準によるその有効性が定説的に承認され（実質的にも有効でなければならないことはもとよりである）、その知見が平均的な一般臨床医家に普及していなければならない」と述べるものもある⁽⁶⁰⁾。それでは、ここでいわれる普及しているか否かの判断は、どのような検討によりなされていたのだろうか。

たとえば、前掲岐阜地裁昭和49年3月25日判決は、未熟児網膜症の早期発見のために必要とされる眼底検査について、1966(昭和41)年発行の「臨床眼科」20巻5号に掲載された植村医師らによる眼科管理の必要性に関する論文、1968(昭和43)年発行「臨床眼科」22巻4号に掲載された永田医師らによる症例報告など5件の文献を参考にしたうえで「かかる如く、未熟児の眼底検査の必要性は従来各医師によって指摘され強調されてきたものであり、原告〔患者本人〕出生当時には既にその眼科検査は成人ほど簡単でなく困難な診断とはなされながらも小児科医の常識となっていた」との判断を示している。

その他、前掲高松地裁丸亀支部昭和53年3月31日判決は、事故当時における未熟児網膜症の治療の前提となる定期的眼底検査が普及していたか否かにつき、研究発表や論文の医学雑誌への公表により判断している。⁽⁶¹⁾一方、福岡地方裁判所小倉支部昭和55年9月1日判決は、⁽⁶²⁾「そして本件において問題とされる網膜症が未熟児保育の発達に伴って比較的新しく知られた疾病であつて、有効な治療法が試みられてからさして日時を経過しておらず、しかも網膜症の中でも特に新しく注目され始めた激症型に関するものであるから、右に関する医学的知見がどこまで到達し、医療界にどの程度普及していたかが慎重に検討されるべきである」とし、学会の発表や医学雑誌への掲載、論文の公表状態からこれを判断している。これにより「昭和四九年三月ごろには網膜症の病変の経過の観察と治療の適期の判断に関する医学知識は共に相当程度普及していた」ものの、「当時激症型網膜症の臨床経過や治療適期については先進的研究者の唯一の研究論文というに値する大島論文が医学雑誌に掲載された直後のことであつて、これが医療水準に達していたとは到底認め難い」と結論づける。さらに、秋田地方裁判所昭和61年10月20日判決は、⁽⁶³⁾日本母性保護医協会が全国の500の病院の産婦人科主任医師に対し昭和49年5月に実施した未熟児網膜症についてのアンケート結果により医療水準を判断しているが、これも眼底検査の普及度を検討するためであった。このよう

に、ごく初期の段階から、裁判所は、専門誌あるいは学会誌に掲載された論文、専門書、学会における研究報告等の内容、その数あるいは性質などを参照することにより、知見等が当時普及したものといえるのかどうかにつき判断してきたことが見て取れるであろう。

さて、以上に挙げたものは個別の事例における判断であり、いつの時点で光凝固法が医療水準として確立した治療法となったのかに関する判断は、裁判例を通して一致していない。そこで、学説においてこれらの判断の蓄積から明らかにしようという試みがなされるに至った。この点につき、昭和46年ないし47年頃が分岐点であろうと主張するものもみられたが、⁽⁶⁴⁾最高裁判所が1985（昭和60）年に激症型未熟児網膜症に罹患した患者に関して、この患者が出生した1976（昭和51年）2月当時に光凝固法は確立されており医療水準を画定しうるとして訴えを容れる判断を下した⁽⁶⁵⁾ことにより、一応の決着がみられたとされる。いわゆる「昭和50年線引論」の登場である。これは、1975（昭和50）年3月に厚生省研究班報告「未熟児網膜症の診断および治療基準に関する研究報告」⁽⁶⁶⁾が発表されるまでは光凝固法は医療水準として確立していなかった、したがって、1975年を境として光凝固法の実施義務の有無を判断する——とする考え方である。⁽⁶⁷⁾これは、最高裁の下した8件の公表判決において、医師の責任を認めたものが昭和51年2月に出生した未熟児に対するこの1件のみであり、それ以外の1973（昭和48）年6月以前出生の未熟児が未熟児網膜症に罹患したケースにおいてはいずれも患者側の請求を棄却していること、さらに、最高裁判所昭和63年1月19日判決⁽⁶⁸⁾が1972（昭和47）年1月当時に光凝固法が医療水準として未確立であったとする判断をしていたことからこのような理解がなされたとされる。⁽⁶⁹⁾

かように昭和50年線引論は、最高裁判例の判断と学説により生まれた考え方であるが、もちろん、下級審裁判例においても、光凝固法等の治療法が医療水準として確立していたか否かが「昭和50年3月」を基準として判断される^{(70) (71)}場合は多くあった。しかしその一方では、1975年の厚生省研究班報告をも

っても「光凝固は未だ適応、治療基準についても不明確な点の多い、研究途上のものであつた」⁽⁷²⁾などとして、治療法の確立は1975年よりも遅いと判断する下級審裁判例も少数ながらみられる⁽⁷³⁾。このような判断には、医療機関・医療従事者側当事者が光凝固法に対して批判していることなどが大きく影響していると推測できる。必ずしも昭和50年線引論に異論がなかったわけではないものとして、この点には留意しておくべきであろう。

松倉説における医療水準の設定については、「権威ある学会での発表、討議、誌上での研究結果の公表、追試あるいは一般臨床医学界（要すれば基礎医学界）での紹介、交見等が繰り返し行われ、他方、それに関する施設、技術の充実、研修実施等によってこれを基礎づけるのが本筋」⁽⁷⁴⁾とされており——「医学水準とか医療水準を何によって設定するか、という問題」は「そう簡単には割り切れない」とも言及してはいるもの⁽⁷⁵⁾——下級審裁判例においてもこれに則した判断がなされているといえよう。しかしながら、松倉説における医療水準が「医療としての現在の実施目標」であったことを考えると、下級審裁判例における医療水準との間には齟齬があるように思える。この点については、「多くの下級審裁判例も、『医療水準』を基準として医師ないし医療機関の注意義務を判断するが、そこでは医療水準の判定に当たって、実践目標すなわち普及すべき医療ではなく、臨床医の間に普及した医学知識ないし技術であるかどうか⁽⁷⁶⁾が探求された」との鋭い指摘がある。

換言すれば、松倉説における医療水準は、医界における普遍的な医療目標水準として、いわば医療上のなすべき基準とされていたものが、下級審判決においては臨床医の間で普及している技術および知見という事実状態として読み替えられてしまったといえることができるだろう。このことは、下級審判決において、技術や知見の普及という事実の有無を基準として、過失判断がなされていたことをも意味する。下級審判決がこのような判断方法を採用したのは、訴訟において判断がより容易となるとの現実的な事情も影響したかもしれないが、いずれにせよ、松倉説においては医療水準を考慮したうえで具

体的事情を考慮し、過失判断のための法的基準を設定するものと考えられることからすれば対照的であろう。ここに現れる相違を踏まえて両者を区別し、松倉説における医療水準の捉え方を「医学規範説」、その後の下級審判決における医療水準の捉え方を「普及説」とそれぞれ表すことがある。⁽⁷⁷⁾

(3) 医療水準の変容

以上の議論からすると、医療水準の設定につき、何をもって医療水準を理解するかについては、学説と判例の間で必ずしも見解が一致していなかったことが見て取れる。しかしこの後、医療水準に関する議論はさらにそのステージを移すことになる。

この時期、学説においては「医療水準は、地域性、医師の専門性、医療機関の性質や規模などによって左右されるものであるから、具体的にこういった要因を加味して判断されなければならない」と⁽⁷⁸⁾とする考え方が表されていた。⁽⁷⁹⁾このような、医療従事者や医療機関の性質を考慮して相対的に医療水準を画定すべきとする議論を「相対説」と呼ぶことがあり、⁽⁸⁰⁾「伝統的な考え方であり通説であるといつてよい」と⁽⁸¹⁾後に評されることになる。これは事実上《どのような医療従事者、どのような医療機関を基準に医療水準を捉えるべきか》に関する議論であり、これまでの議論とはその次元を異にしているといえるだろう。なんとなれば、医学規範説および普及説の考え方においては、医療水準の定立においては、治療法、知見、さらに技術など、問題となっている行為についてのみ考慮されていたのに対し、医療水準を相対的に捉える考え方においては、その行為を行う医療従事者、あるいは行為主体者が所属する医療機関についても考慮することになるからである。

医療水準を相対的に判断する考え方が登場した背景としては、次の三点に留意しておくべきであろう。第一には、それまでの未熟児網膜症訴訟において、医療機関や医療従事者の側から、社会的・地理的な制約のため光凝固法をはじめとする治療方法を用いることが困難であったと主張されたことがある。つまり、未熟児網膜症に関する知見が診療当時、当該医師の所属する医

療機関の地域においては普及していなかった等の主張である。このような主張は、知見や技術などが普及するまでには地域差があったとのだから医療水準を全国一律のものとして考えるべきではないとの議論に直結したと思われる。

そして第二に挙げることができるのは、松倉説において医療水準が《全国一律のもの》として考えられていたことに対する反発であろう。確かに、松倉論文においては「よくいわれる大学病院や大病院での医療の程度といわゆる第一線開業医でのそれとの格差というのは、診療面の実情ないし情状に関することであって、その格差が前記医療水準を左右するものではない」との記述がみられる⁽⁸²⁾。松倉説における医療水準は「現に一般普遍化した医療としての現在の実施義務」なのであり、医療界全体の実施目標である。そして、仮に設備や人員などの関係上医療水準にある医療を提供することができない場合には、「転医措置としての注意義務につながる」⁽⁸³⁾。それゆえ、その医療がどのような性質の医療機関において行われるかが、医療水準に影響を与えることはないということは自明である。しかしながら、医療水準を相対的に捉える考え方を採る見解においては、松倉説における医療水準との定義の違いを重視しないまま、《医療機関の格差が医療水準を左右しない》という点のみに着目して批判を加えるものが散見される⁽⁸⁴⁾。さらに、この点をとらえて松倉説を「絶対説」あるいは「客観説」として分類するものもある⁽⁸⁵⁾。このように、松倉論文において医療水準が全国一律のものであると言明されていることが、医療水準を臨床医の間で普及している技術および知見と捉えたうえてもなお、全国一律のものではないとする理解につながったと考えられよう。

そして相対説が登場した第三の背景を挙げるとするならば、前掲最高裁判所第三小法廷昭和57年3月30日判決が「注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である」と判示したこと自体が大きく影響しているように思われる。この文言は一見すると医療水準が注意義務基準そのものとなると読むこともできるためか、とかく医療水

準という文言には《注意義務基準そのもの》とのイメージがつきまとうこととなったように思われる。そして、このフレーズがこれ以降の裁判例において繰返し引用されたことにより、《注意義務基準そのもの》というイメージが一人歩きすることになったのではあるまいか。⁽⁸⁶⁾ 実際、医療水準を相対的に捉える考え方を提唱した論文のなかには、医療水準が医療事故訴訟における過失の判断基準そのものであるという前提のもと、主張がなされているもの⁽⁸⁷⁾もある。

さて、医療水準を全国一律のものとして考えるべきではないという考えのもと、医療水準を設定しようとする試みは、学説のみならずいくつかの裁判例においても同様になされていた。例えば、福岡地裁小倉支部昭和55年9月1日判決は「およそ医療紛争につき債務不履行ないし不法行為責任の有無を考察するにあたり、その要件である医師に注意義務違反があつたかどうかは、医療水準がどのようなものであつたかを探究し、これを基準として決定さるべきであると解されるが、右にいう医療水準といつてもそれは一義的なものではなく、当該医師の属する医療施設の規模、その地域的特性、医学的知見の普及の程度等を具体的に検討して定めらるべきである」と述べる。⁽⁸⁸⁾

さらに、前掲最高裁判所第三小法廷昭和63年1月19日判決において、伊藤正己裁判官は次のような補足意見を付している。

「医療水準は、医師の注意義務の基準となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とでもいうべきものとは異なるものであり、専門家としての相応の能力を備えた医師が研さん義務を尽くし、転医勧告義務をも前提とした場合も達せられるあるべき水準として考えられなければならない。そして、このような医療水準は、特定の疾病に対する診療に当たった医師の注意義務の基準とされるものであるから、当該医師の置かれた諸条件、例えば、当該医師の専門分野、当該医師の診療活動の場が大学病院等の研究・診療機関であるのか、それとも総合病院、専門病院、一般診療機関などのうちのいずれであるのかという診療機関の性格、当該診療機関の存在する地域における医療に関する地域的特性等を考慮

して判断されるべきものである。……この意味において、医療水準は、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、前記の諸条件に応じた相対的な基準として考えるべきものである」。

この補足意見には、言わば《現在の医療水準に関する一般的な理解》が盛り込まれているといえよう。その第一のポイントは、医療水準が「全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、……諸条件に応じた相対的な基準として考えるべきものである」という性質を有することであり、第二のポイントは医療水準が平均的医師の行う医療慣行とは異なるということである。⁽⁹⁰⁾そして、のちに、この一点目は1995（平成7）年に、二点目は1996（平成8）⁽⁹¹⁾年に、それぞれ最高裁が下した判決——もちろん、その法廷意見である——において判示されることとなる。

このうち、一点目について述べた最高裁判所第二小法廷平成7年6月9日判決は、新規の治療法が開発され、それが各種の医療機関に浸透するまでの過程を綿密に検討したうえで、医療水準を相対説のような考え方で捉えなければならぬと判示した。要するに、同判決は、医療水準につき、なにをもって医療水準として確立したとどういうかという点と、どの程度の医療機関を基準に医療水準を捉えるべきかという点につき、その判断枠組みを示したのである。⁽⁹³⁾

第一に、医療水準の内容、すなわち《何をもって医療水準をとらえるか》について判断するに先立ち、同判決はある疾病についての新規治療法が各種医療機関に浸透するまでの過程を詳細に検討する。それによると、①新規の治療法の仮説ともいうべきものの発生、②理論的研究や動物実験を経て臨床実験がなされる、③追試や比較対照実験などによる有効性と安全性の確認、④この成果の文献への発表、⑤学会や研究会での議論による有効性と安全性の是認という段階を経た治療法が、「教育や研修を通じて各種の医療機関に知見（情報）として又は実施のための技術・設備等を伴うものとして普及し

ていく」とされる。そして、「実施のための技術・設備等の普及は、当該治療法の手技としての難易度、必要とされる施設や器具の性質、財政上の制約等によりこれに要する時間に差異が生じ、通常は知見の普及に遅れ」るため、「限られた医療機関のみで実施され、一般開業医において広く実施されるということにならないこともある」と述べる。ここからは、新規治療法の普及は、その有効性と安全性が是認されたことが前提となっており、このふたつの要素を備えることをもって当該治療法は医療水準となりうると読み取ることができる。したがって、最高裁の示した考え方はこれまでに提示された医学規範説、そして厳密に言えば普及説にも与しないといえるであろう。このことは、最高裁が「光凝固法の治療基準について一応の統一的な指針が得られたのが厚生省研究班の報告が医学雑誌に掲載された同年八月以降であるというだけで、上告人〔患者本人〕が姫路日赤の診療を受けた当時において光凝固法は有効な治療法として確立されておらず、姫路日赤を設営する被上告人に当時の医療水準を前提とした注意義務違反があるとはいえないとした原審の判断には、診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準についての解釈適用を誤った違法がある」と述べて、いわゆる「昭和50年線引論」を否定したことによっても裏付けることができる。

第二に、最高裁はいかなる医療機関を基準に医療水準を捉えるべきかにつき、「有効性と安全性が是認された治療法は、通常、先進的研究機関を有する大学病院や専門病院、地域の基幹となる総合病院、そのほかの総合病院、小規模病院、一般開業医の診療所といった順序で普及していく」としたうえで基本的には相対説の考え方を採用する。

「以上のとおり、当該疾病の専門的研究者の間でその有効性と安全性が是認された新規の治療法が普及するには一定の時間を要し、医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性、医師の専門分野等によってその普及に要する時間に差異があり、その知見の普及に要する時間と実施のための技術・設備等の普及に要

する時間との間にも差異があるのが通例であり、また、当事者もこのような事情を前提にして診療契約の締結に至るのである。したがって、ある新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療等に当たることが診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象して、すべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当でない。そして、新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準であるというべきである。そこで、当該医療機関としてはその履行補助者である医師等に右知見を獲得させておくべきであって、仮に、履行補助者である医師等が右知見を有しなかったために、右医療機関が右治療法を実施せず、又は実施可能な他の医療機関に転医をさせるなど適切な措置を採らなかったために患者に損害を与えた場合には、当該医療機関は、診療契約に基づく債務不履行責任を負うものというべきである。また、新規の治療法実施のための技術・設備等についても同様であって、当該医療機関が予算上の制約等の事情によりその実施のための技術・設備等を有しない場合には、右医療機関は、これを有する他の医療機関に転医をさせるなど適切な措置を採るべき義務がある。

最高裁の判断枠組みをまとめると、診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準とは専門的研究者により有効性・安全性が是認された知見が、当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合に、原則として右知見は右医療機関にとっての医療水準となる、ということになる。そして、ある知見が医療水準として確立していた場合には、「当該医療機関としてはその履行補助者である医師等に右知見を獲得させておくべき」であり、「履行補助者である医師等が右知見を有しなかったために、右医療機関が右治療法を実施せず、又は実施可能な他の医療機関に転医をさせ

るなど適切な処置を採らなかったために患者に損害を与えた場合には、当該医療機関は、診療契約に基づく債務不履行責任を負うことになる。

以上のように、最高裁判所平成7年6月9日判決は、診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準について、ある知見や技術が医療水準として確立していたかどうかを判断する事実的要素として、有効性・安全性の是認があること、次いで、医療水準を全国一律のものと解すべきではないことを明確なものとした。つまり、ある一定の時期から未熟児網膜症に関する下級審裁判例や学説においてあらわれていた相対的に医療水準を画定する考え方を最高裁として初めて認めたのである。

2 医療水準の到達点

（1）各説の比較

ここまでにおいて見てきたことから明らかであるが、医療水準概念は「医療水準」という文言こそ同じくしているが、その内容は学説および判例を通して一致していなかった。そこで、医療水準をごくおおまかに、松倉説における医療水準、すなわち医学規範説と、主に下級審裁判例で用いられた普及説と称される医療水準、さらに最高裁平成7年6月9日判決が採用した考え方を採る医療水準——この考え方は「法規範説」と称することにする——の3種類に区別し、それぞれを比較することによりその相違を確認しておきたい。

なお、医療水準を絶対的なものではなく相対的なものであると解することから法規範説を「相対説」としたうえで、これに対置して、医学規範説および普及説を区別せずに一括りにして「絶対説」あるいは「客観説」とする説明も散見される。⁽⁹⁵⁾これは確かに「内容を直截に表しているとはいえず、⁽⁹⁶⁾それぞれの立場における考え方の全容を表現することにはならないであろう。しかしながら、医療水準の画定の段階において医療機関の性質などの具体的事情を考慮するか否かという視点からのみ分類すれば「絶対説」「相対説」

という区分も、次元を異にしつつも並立しうるといえる。

さて、この3つの「医療水準」の相違は、結局のところ、医療水準をいかなるものと理解するか、そして医療水準を用いて行う過失判断の構造に集約できるように思われる。

まず、それぞれの立場において《医療水準概念をどのように捉えてきたか》における違いを確認しておこう。前述のとおり、松倉説が採るところの医学規範説は医療水準を医療界全体の実施目標と解していた。他方、普及説の立場においては知見および技術が臨床医の間で普及したことをもって医療水準として確立したものと理解されており、ここにおいて違いが生じていた。それでは、法規範説に従った場合には医療水準をいかに捉えるのであろうか。まず、法規範説の立場の特徴はいわゆる「昭和50年線引論」を否定するところであり、普及説のように、文献や報告があるという事実をもって、オートマティックに医療水準に関する判断を行うことをしない。しかしながら、法規範説が医療水準を医療界全体の実施目標と捉えているか、つまり医学規範説と同様の考え方をしているかという点、決してそうではない。

そこで、法規範説が考える医療水準について見るまえに、さしあたり医療水準概念を用いて行われる過失判断の構造を確認しておきたい。医学規範説と普及説の間には、過失判断の構造に大きな差はないように思われるが——もっとも、先に確認したとおり医療水準の内容が異なるため、結果的には両者の相違はそれほど小さくない——これらと法規範説は大きく異なると思われるべきであろう。

医学規範説は医療界の目標としての医療水準を基点として、医療機関の規模等の具体的事情を考慮したうえで法的基準としての過失判断の基準を設定すべきものとしている。この点についてみれば普及説においても、必ずしも一致していたわけではないものの、医療水準を第一次基準としたうえで当該医師の置かれている社会的、経済的、地理的な環境からの外在的な制約やその他の諸事情を考慮して過失判断基準を画定するという考え方をとっている。

た。これに対し、法規範説の立場も、ある治療法が医療水準として確立されたというためには、有効性と安全性が是認された治療法が普及しているか否かを重視するのであるが、知見の普及には医療機関の性質などにより時間的差異が生ずるとし、医療水準の画定の段階において当該医療機関の性質をも考慮することになる。

一般的に、民法が想定する過失は条文上明らかではないものの、抽象的過失であるとする考え方が通説であるとされる。抽象的過失とは、問題となっている行為者本人の能力を基準として、その者に要求される程度の注意を払えば過失がないと判断するのではなく、「当該の種類⁽⁹⁷⁾の行為について当該の職業・地位・立場等に属する通常人ないし合理人（reasonable man）」を基準とする考え方である⁽⁹⁸⁾。したがって、過失の有無を判断する際に用いられる判断基準を画定するにおいては、当該行為者のおかれている職業・地位・立場等を考慮することになる。つまり、注意義務の一般的基準を抽象的過失とするのであれば、医師の注意義務基準を画定するうえで、当該医師の置かれている社会的、経済的、地理的な環境からの外在的な制約やその他の諸事情を考慮することが求められるのである。

法規範説は、問題となっている医師のおかれている立場等の諸事情を医療水準画定の段階で考慮するものである。このことにより、医療水準が限りなく注意義務基準、つまりは過失判断基準と近似したものとなったと考えることができる。普及説の考え方からすると、たとえある治療法が医療水準として確立していたとしても、これがただちに過失の有無の判断として実施義務を認めることにはならない。さらにそのうえで行為者の事情等を考慮したうえで、当該行為者について過失の有無が判断されるからである。しかし、法規範説の採る考え方に従えば、ある治療法、知見、技術などが医療水準として確立しているか否かの判断が、直ちに過失の有無の判断となりうることになる。

この意味で、法規範説における医療水準も過失判断基準であり、行為規範

的な役割をも果たすといえるが、医療の実施目標を医界が設定する医学規範説とは異なり、文字通り法的な規範なのである。ただし、各説の間にはそれほど大きな相違が存しないようにも思える。とりわけ、過失判断において実質的に考慮される要素に着目すればほとんど違いは現れないであろう。⁽⁹⁹⁾

全国一律の基準よりも諸事情を考慮して医療水準を確定するほうが望ましいという考慮からか、最高裁平成7年6月9日判決に対してはおおむね好意的な評価が多いように思われる。例えば、「これまでの最高裁昭和五七年三月三〇日判決等による限局された法的義務を、診療契約を媒介として克服・⁽¹⁰⁰⁾深化するもの」、「診療機関によって提供される医療の内容に差があることを認めることは、医療技術が高いと期待される診療機関ほど患者に対しそれに応じた高度な医療を提供するか徴された義務を負うことを意味し、これは診療機関の性質に応じて機能分担を勧める近時の動向とも一致しよう」⁽¹⁰¹⁾「新規開発にかかる治療行為に関しては、医療水準は検査・診断・治療などそれぞれの診療行為ごとに、また、その普及の程度ごとに、更に、その医療機関の種類や条件毎に具体的に設定されるべきものである……。本判旨は、このよ⁽¹⁰²⁾うな考え方に道を開くものとして意義があるように思われる」などを挙げる⁽¹⁰³⁾ことができる。

しかしながら、各説のいずれを採ったところで、結論に明確な差異が生じないのであろうかとの疑問はなお残るところである。換言すれば、医学規範説を採ったとしても、実質的にはそれほど問題は生じないのであろうか。この点につき考察するためには、医療事故訴訟において医療水準がいかなる役割を果たすものであるか、本当に、医療水準は過失判断基準そのものなのかについてさらに精緻に検討することが必要となるであろう。

(2) 医療水準＝過失判断基準か？

ここまで、各学説の考え方の違いに視点をおいて検討してきたが、裁判例は医療水準を医療事故訴訟における過失判断基準そのものと考えているか、前掲最高裁平成7年6月9日判決の採る立場を法規範説であると捉えてよい

のかという問題がなお残存していることを忘れてはならない。

前掲最高裁昭和57年3月30日判決の文言のみから判断すると、必ずしも医療水準が医師の注意義務基準そのものであると考えなければならぬわけではないであろう。なんとすれば、同判決は「……右注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である」と述べているのであり、「注意義務基準は医療水準である」と述べているのではないからである。したがって、この判決が示された当時においては、このフレーズを《医療水準を基礎として注意義務基準を確定する》という意味として解する余地もあったと考えられる。ところが、上述のように、このフレーズは医療水準が過失判断基準そのものであるとのイメージを作ることとなった。

そしてさらに、この時期の未熟児網膜症訴訟に関する最高裁判例のいくつかは、医療水準を当該治療法およびその治療法の存在を前提とした検査の実施義務の有無の判断する場面に限らずに用いているように見受けられる。まさに、一般的に医師の診療上の注意義務基準、過失判断基準そのものに、医療水準が作用しているのである。

例えば、最高裁判所第二小法廷判決昭和61年5月30日判決は、⁽¹⁰⁴⁾光凝固法等の治療法が医療水準に達していないことから、眼底検査の実施義務は否定しつつも原告の両親の求めに応じて眼底検査の結果の説明をする義務はあったと判断した原審を破棄している。

「昭和四五年一一月頃当時、光凝固法は当時の臨床医学の実践における医療水準としては本症の有効な治療法として確立されていなかったものであり、また、ほかに本症につき有効な治療方法はなかったというのであるから、〔訴外眼科医〕医師には、もとより有効な治療方法と結びついた眼底検査の必要性の認識がなかったことは当然であり、……〔患者側から〕眼底検査の依頼があった場合であっても、眼底検査を行った結果を告知説明すべき法的義務まではなかったというべきである。そうとすれば、〔被告〕病院において〔原告患者本人〕の眼底検査をした際の

〔訴外眼科医〕医師の医師としての対応の当否は別として、同医師に前記のような法的義務を負わせることはできないというべきである。』

また、最高裁判所第二小法廷平成4年6月8日判決⁽¹⁰⁵⁾は、「医師は、患者との特別の合意がない限り、右医療水準を超えた医療行為を前提としたち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき注意義務まで負うものではなく、その違反を理由とする債務不履行責任、不法行為責任を負うことはない」との考えを示している。このような判断の蓄積の結果、示されたのがいわゆる法規範説を採用した最高裁平成7年6月9日判決だったのである。同判決により、医療水準は過失判断基準に非常に近似したものとなったといえよう。⁽¹⁰⁶⁾

ところで、ここで「非常に近似したもの」との表現を用いたのは、同判決は医療水準があくまで過失判断基準の画定において最も主要な要素になると示しているにとどまる、とも考えられるからである。同判決は、原審の判断について「診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準についての解釈適用を誤った違法がある」として、原判決を破棄し、差戻しており、それ以上の審理をしていない。このため、最高裁平成7年6月9日判決が示された時点では、正確には過失判断における医療水準の役割が明らかになっているとまではいえないであろう。確かにこれまで見てきた裁判例において、医療水準は、非常に大きな判断のポイントとなっていることは否定できない。未熟児網膜症に関する訴訟においては、実質的には光凝固法が医療水準に達していたか否かの判断だけをもって、過失の有無の判断が行われている場合があるが、医療水準が過失判断の主要な要素であるとするれば、医療水準が過失判断基準そのものではないとしてもこのような判断がなされることもありうると考えられるからである。

それでは、最高裁の述べる医療水準は過失判断の主要な要素に止まると考えられるべきなのであろうか。これについては、最高裁判所第三小法廷平成8年1月23日判決⁽¹⁰⁷⁾が「医療水準は、医師の注意義務の基準（規範）となるもので

あるから……」として、「基準」を「規範」と言い換えていることを考慮しなくてはならない。これにより、《医療水準＝注意義務基準》との考え方は決定的なものとなったといえよう。すなわち、同判決が医療水準は規範となるものであると述べたことにより、《医療水準を基礎として注意義務基準を画定する》と解釈する余地は消滅したといえる。そして、この最高裁判所平成8年1月23日判決が未熟児網膜症に関する判決ではないことが、この判決をより重要なものとするように思われるのである。

この事件は、1974（昭和49）年9月25日、腹痛と発熱を訴えて被告病院に入院していた男児が、虫垂切除手術のために腰椎麻酔が行われた12～13分後にショック状態に陥り、脳機能低下症のため重篤な後遺症を負ったというものである。⁽¹⁰⁸⁾これにつき、男児とその両親が、病院と手術の執刀医らに対して債務不履行または不法行為に基づき損害賠償を請求した。

この事案においても執刀医の過失の有無が問題とされており、⁽¹⁰⁹⁾第一審と控訴審において、これに関する判断は分かれている。第一審は、治療経過において被告病院及び執刀医の医療行為には何ら注意義務違反がないとして請求を棄却した。これを受けて、原告らは執刀医らには麻酔剤に添付されていた使用上の注意事項（添付文書）に従わず、麻酔使用後に2分間隔での血圧測定を怠ったため、患者の急変に気づくのが遅れたとの主張等を新たに加えて控訴した。⁽¹¹⁰⁾しかし控訴審は、使用する薬剤の添付文書に記載された注意事項を遵守しなかった点で執刀医に注意義務違反があると認めつつも、この注意義務違反と患者男児の脳機能低下症との因果関係を否定して、⁽¹¹¹⁾執刀医の責任を否定した。そこで、原告らが上告した。

以上のように、この事案においては、麻酔剤の添付文書には、本件麻酔剤注入前に1回、注入後10ないし15分までは2分間隔で血圧測定を行わなければならないと記載されていたにもかかわらず、5分間隔で血圧測定を行っていたことの適否が過失の有無を分けるポイントとなっている。この点について、患者側は添付文書に従わなければならなかったと主張し、医療機関側は

5分間隔で血圧測定をするのが一般開業医の常識であったと主張した。この点が上告審まで争われることとなり、最高裁は前掲最高裁判所昭和57年3月30日判決、同平成7年6月9日判決などを引用しながら、「医療水準は、医師の注意義務の基準（規範）となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではない」との一般論を以下のよう示した。

「人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのであるが……、具体的な個々の案件において、債務不履行又は不法行為をもって問われる医師の注意義務の基準となるべきものは、一般的には診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である（最高裁昭和……五七年三月三〇日第三小法廷判決・裁判集民事一三五号五六三頁、最高裁昭和……六三年一月一九日第三小法廷判決・裁判集民事一五三号一七頁参照）。そして、この臨床医学の実践における医療水準は、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、診療に当たった当該医師の専門分野、所属する診療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮して決せられるべきものであるが（最高裁平成……七年六月九日第二小法廷判決・民集四九巻六号一四九九頁参照）、医療水準は、医師の注意義務の基準（規範）となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない」。

そしてそのうえで、当時の医療水準——昭和49年ころは、5分間隔で血圧測定することが一般開業医の常識であったとされた——に照らし、本件において医師に過失はなかったとした原審の判断は誤りであると判示した。

「医薬品の添付文書（能書）の記載事項は、当該医薬品の危険性（副作用等）につき最も高度な情報を有している製造業者又は輸入販売業者が、投与を受ける患

者の安全を確保するために、これを使用する医師等に対して必要な情報を提供する目的で記載するものであるから、医師が医薬品を使用するに当たって右文書に記載された使用上の注意事項に従わず、それによって医療事故が発生した場合には、これに従わなかったことにつき特段の合理的理由がない限り、当該医師の過失が推定されるものというべきである。……他面、二分間隔での血圧測定の実施は、何ら高度の知識や技術が要求されるものではなく、血圧測定を行い得る通常の看護婦を配置してさえおけば足りるものであって、本件でもこれを行うことに格別の支障があったわけではないのであるから、〔執刀医〕が能書に記載された注意事項に従わなかったことにつき合理的な理由があったとはいえない。すなわち、昭和四九年当時であっても、本件麻酔剤を使用する医師は、一般にその能書に記載された二分間隔での血圧測定を実施する注意義務があったというべきであり、仮に当時の一般開業医がこれに記載された注意事項を守らず、血圧の測定は五分間隔で行うのを常識とし、そのように実践していたとしても、それは平均的医師が現に行っていた当時の医療慣行であるというにすぎず、これに従った医療行為を行ったというだけでは、医療機関に要求される医療水準に基づいた注意義務を尽くしたものということとはできない。

最高裁は、医薬品の添付文書には当該医薬品の危険性などの情報が記載されていることを認めたとうえで、「医師が医薬品を使用するに当たって右文書に記載された使用上の注意事項に従わず、それによって医療事故が発生した場合には、これに従わなかったことにつき特段の合理的理由がない限り、当該医師の過失が推定される」との判断基準を示した。そして、この判断基準を本事案にあてはめて「昭和四九年当時であっても、本件麻酔剤を使用する医師は、一般にその能書に記載された二分間隔での血圧測定を実施する注意義務があり、5分間隔で血圧測定するとの「平均的医師が現に行っていた当時の医療慣行……に従った医療行為を行ったというだけでは、医療機関に要求される医療水準に基づいた注意義務を尽くしたものということとはできない」と結論づけた。

医療水準概念の生成において最高裁判所平成8年1月23日判決が有する意

義は大きい。その理由は、次に挙げる三つの理由に集約することができよう。第一に、医療水準概念がこれまではほとんど未熟児網膜症に関する裁判例において生成されてきたが、同判決は未熟児網膜症に関する裁判例ではないということである。同判決が医療水準概念を援用することにより、医療水準はより一般化され、一連の医療水準に関する規範が未熟児網膜症に関する判断にのみ用いられるルールなどではないことを明確にしたと理解することができる。しかも、第二に、「債務不履行又は不法行為をもって問われる医師の注意義務の基準となるべきものは、一般的には診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である」と示していることにも注目しなければならない。前掲最高裁平成7年6月9日判決は医療水準の適用を債務不履行的構成の場合に限っていたのに対し、不法行為による構成を採った際にも医療水準が注意義務の基準となることを示した。このことも、医療水準が医療事故訴訟一般に妥当することとなったといえる。

そして、第三には、医療水準を括弧書きながら「規範」であると、さらにこれは「平均的医師が現に行っていた当時の医療慣行」とは異なるものであると明示したことが挙げられるであろう。その結果、普及説による医療水準の理解は完全に否定され、医療水準とは医師がその診療上従わなければならない規範にほかならないことが明らかとなったのである。言わば、平成8年1月23日判決は、医療水準に関する規範構築の最終仕上げを行ったという位置づけができるであろう。

- (1) 川村延彦「最近の医療過誤判例の動向」自由と正義28巻10号3頁(1977年)も、「債務不履行構成をとるか不法行為構成をとるかを問わず、審理の最重点は医師の過失の成否、責任の成否に帰する」と説く。ほぼ同様のことを述べるものとして、加藤一郎=鈴木潔監修『医療過誤紛争をめぐる諸問題』152頁(法曹会、1976年)[鈴木潔発言]、中村敏昭「医療事故における過失と医療水準」城西大学経済学会誌14巻3号49頁(1978年)。近年も、加藤良夫編『実務医事法講義』104頁(民事法研究会、2005年)[上田正和]が「現に、多くの医療過誤訴訟事件においては、過失

- の有無が最大の争点になっている」と説く。
- (2) 蒔立明＝中井美雄編著『医療過誤法』18頁（青林書院、1994年）〔蒔立明〕。
 - (3) 蒔＝中井編著・前掲注（2）17-18頁〔蒔立明〕。同様の考え方をするものとして、和田仁孝＝前田正一『医療紛争 メディカル・コンフリクト・マネジメントの提案』19頁（医学書院、2001年）〔前田正一〕がある。
 - (4) しかしながら、このような区別に従った場合、医療過誤訴訟という名称よりも医療事故訴訟と呼ぶほうが適切ではないか、との疑問も当然呈されることになる。加藤＝鈴木監修・前掲注（1）2頁〔松倉豊治発言〕。
 - (5) 平林勝政「医療事故」野村好弘ほか編『不法行為法〔増補新版〕』77頁（学陽書房、1986年）。高島学司「医療事故における法的判断と医学的判断——医事法学的考察序説——」龍谷法学5巻2＝3＝4号55頁（1973年）も医学上の過誤と法的な過失とが概念的に区別されると述べる。
 - (6) 高島・前掲注（5）41-75頁は法的判断と医学的判断が異なるという側面から医療事故に関する訴訟の困難性を説くが、同44頁において「法令の規定・条理・社会的慣行等に裏付けられた法的判断と、医学（医療）上の原則・知識・技術・慣行等の基準による医学的判断」であり、「両者が、尺度において、形式において、意味される局面において異なっていることは明らかである」と指摘している。
 - (7) なお、医療事故訴訟の不法行為的構成と債務不履行的構成については、加藤＝鈴木監修・前掲注（1）83-108頁（法曹会、1976年）、平林勝政「医療過誤における契約的構成と不法行為的構成」ジュリスト増刊法律学の争点シリーズ3-II 民法の争点II 228-229頁（1985年）、賀集唱「請求の構成を举证責任及び訴訟指揮への影響」判例タイムズ686号3-11頁（1989年）、新美育文「医療過誤訴訟における契約責任構成の意味」別冊法学セミナー112号20-21頁（1992年）、蒔＝中井編著・前掲注（2）81-94頁〔中井美雄〕、加藤編・前掲注（1）189頁〔石川寛俊〕などを参照されたい。
 - (8) 医療機関自体が過失ある行為をなしたことを主張する場合もあるが、多くの場合は医師の行為が問題とされると考えられる。
 - (9) 加藤編・前掲注（1）104頁〔上田正和〕。その他、山口斉昭「医療水準論をめぐって」年報医事法学16号84頁（2001年）は「『医療水準』とは、医療機関・医療従事者が従うべき注意義務の基準となるべきもの」と、岡林伸幸「医療水準に関する一考察（一）——先端技術と医療過誤（一）——」名城法学44巻1号88頁（1994年）は「医療事故における過失の判断基準」とそれぞれ説明する。

- (10) 判例時報1039号66頁。いわゆる日赤高山病院未熟児網膜症事件最高裁判決。判例評釈として、中谷瑾子「判批」判例時報1055号〔判例評論286号〕191-199頁(1982年)、野田寛「判批」民商法雑誌87巻4号168-172頁(1983年)がある。
- (11) 新美育文「医療水準論——再度の混迷を回避するために——」司法研修所論集110号116頁(2003年)。
- (12) このような医療水準概念の内容の不透明さに関する指摘は、ここ最近にはじまったことではない。滝井繁男=藤井勲『医療水準論』の現状とその批判」判例タイムズ629号12頁(1987年)も「『診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準』を医師の帰責の判断の基準とする考えが一般化しつつある。しかしながらその内容は、いまだけっして一義的に明確にされたとはいえず、むしろ、ある結論を正当化するための単なるキーワードとして用いられているにすぎないという感が深い」と指摘する。また、稲田龍樹「医療水準と過失の判断」法学新報〔中央大学法学会〕96巻11=12号326頁(1990年)も「現在、民事医療過誤訴訟では医師の医療行為について過失の有無を判断するに際し、その判断基準となるいわゆる医療水準という考えがきわめて重要な位置にある」としながらも、「この医療水準という法概念は、必ずしもその全体像が明らかになっているとはいえない」と述べる。
- (13) 新美・前掲注(11)116頁。
- (14) なお、古川俊治「診療上の医師の注意義務と『医療水準』」慶應法学7号337-505頁(2007年)は、これまでの医療水準に関する研究手法では「対象となっている事案の時代的背景の特殊性を看過してしまう(340頁)」などとし、今日の医療を取り巻く環境の変化を踏まえた上で、医療水準(論)への医学的観点からのアプローチを試みる。このような指摘はもっともであるが、本論文では、これまでの医療水準に関する議論は必ずしも医療水準の形成過程や現在の到達点を明らかにしきれていなかったのではないかという問題意識に立ち、伝統的なアプローチ方法を採用することとした。
- (15) 筋=中井編著・前掲注(2)44-45頁〔山本隆司〕。
- (16) 筋=中井編著・前掲注(2)44-45頁〔山本隆司〕は「医療技術上の過誤」と「説明義務違反」を分けて論ずる。手嶋豊「医師の責任」山田卓生ほか編『新・現代損害賠償法講座 製造物責任・専門家責任』311-339(日本評論社、1997年)も「技術過誤」と「説明義務違反」に分ける。また、稲垣喬『医事訴訟入門〔第2版〕』75-77頁も「診療過誤」と「説明義務違反」を分けて捉え、説明義務が診療過誤を理由とする賠償請求を捕捉する機能を負うと述べる。この点に関しては、滝井

- ＝藤井・前掲注（12）12-24頁においても「医療過誤における医師の責任は、治療義務、転医義務、説明義務の三つの段階で考えられるのであるが、現在の水準論は、この三つの義務との各位置づけの検討が十分でない点に根本的な疑問がある」と指摘されている。
- (17) 岡林・前掲注（9）88頁、加藤編・前掲注（1）107頁〔上田正和〕など。
- (18) したがって、たとえば最高裁判所第三小法廷平成13年11月27日判決（最高裁判所民事判例集55巻6号1154頁、いわゆる乳房温存療法事件最高裁判決）は医療水準に言及しているが、主に問題とされているのが医師の説明についてであることから、今回は考察の対象から外した。
- (19) 蒔＝中井編著・前掲注（2）161頁〔川村フク子〕。また、判例時報738号（1974年）掲載の岐阜地方裁判所昭和49年3月25日判決の解説には、「保育器による未熟児保育の際の酸素の過剰投与が原因とされる疾患であって、未発達な未熟児の水晶体後部に血管の異常増殖が起き、最悪の場合には網膜全剝離等により失明したり、強度の視力障害が残るもの」とある。
- (20) 1980（昭和55）年の段階で未熟児網膜症訴訟は「全国的に約150件以上の訴訟が集団的に提起され」ていたとされる。饗庭忠男「未熟児網膜症と医療水準」眼科22巻5号509頁（1980年）。また、小堺堅吾「未熟児医療過誤訴訟の動向——未熟児網膜症訴訟の問題点と裁判例の比較検討」判例タイムズ415号27頁（1980年）は「薬害訴訟を別として、わが国の未熟児網膜症訴訟は、まさに史上最大の医療事故訴訟といえよう」と、さらに、畔柳達雄「未熟児網膜症裁判の現状——60件の判決を読んで——」判例タイムズ618号192頁（1986年）は「未熟児網膜症裁判は、日本の裁判史上、空前絶後の医療事故裁判である」とそれぞれ評する。
- (21) 遠藤賢治「医療水準と過失——判例を追って——」自由と正義28巻10号26頁（1977年）。
- (22) 中村敏昭「医療事故における過失と医療水準」城西大学経済学会誌14巻3号69頁（1978年）。
- (23) 一連の未熟児網膜症判決においては、このほかに、医師の行った処置と失明という結果との間の因果関係も争点とされることがあるが、ここでは過失についてのみ着目することにする。
- (24) 植村泰夫「未熟児網膜症をめぐって」産科と婦人科41巻9号1頁（1974年）。最高裁判所第三小法廷昭和54年11月13日判決（判例時報952号49頁）も「当時重篤な病状にあった同上告人に酸素を供給することは同上告人の生命保持のため必要やむ

を得ない措置であったと認められる」としている。

- (25) 植村・前掲注(24) 1-2頁。ただし、近年になって、必ずしも酸素の過剰投与のみが原因ではないという指摘もあるとされる(宮川美知子=押田茂實「未熟児網膜症判決からみた医療水準」司法研修所紀要9巻131-163頁〔1998年〕)。たとえば、馬嶋昭生ほか「極小未熟児の増加と網膜症の発生、進行に関する統計的研究」臨床眼科35巻8号1262頁(1981年)においては「本症は網膜特にその血管の未熟性こそが基本的な原因であり、他の関連因子はすべて未熟性のために起こるもの、あるいは投与せざるを得ないものである」と述べられている。
- (26) もちろん、直接的な治療法の実施義務とは別に、他の医療機関への転医義務や説明義務の有無が問題とされることもあったが、第一章で述べたとおり、本論では考察の対象からはずす。
- (27) 畔柳・前掲注(20) 192頁。
- (28) 判例時報738号39頁。いわゆる日赤高山病院未熟児網膜症訴訟第一審判決。この判決に対する評釈として、遠藤賢治「未熟児網膜症事件」別冊ジュリスト50号医事判例百選116-117頁(1976年)、野田寛「判批」ジュリスト567号76頁(1974年)等がある。
- (29) 判例時報748号29頁。いわゆる長崎市民病院未熟児網膜症訴訟第一審判決。この判決に対する評釈として、徳本鎮「判批」判例時報771号〔判例評論195号〕143-147頁(1975年)等がある。
- (30) 遠藤・前掲注(28) 116頁。なお、新美育文「医師の過失——医療水準論を中心に——」法律論叢71巻4=5号75頁(1999年)、山口斉昭『「医療水準論」の形成過程とその未来——医療プロセス論へ向けて——』早稲田法学会誌47巻370、372-373頁(1997年)などを見ると、医療側から強い反発があったことがわかる。
- (31) 饗庭忠男「未熟児網膜症裁判に関して」産科と婦人科41巻9号48頁(1974年)もこの二判決をとりあげるが、双方の事例の間には「約二年の隔りがある」と指摘する。
- (32) あるいはこの判断は、医師は慣行に従っていたからといって直ちに注意義務が否定されるのではなく、「危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求される」と判示したいわゆる輸血梅毒事件最高裁判決(最高裁第一小法廷昭和36年2月16日判決、最高裁判所民事判例集15巻2号244頁)の影響下にあったと見ることができよう。
- (33) 松倉豊治「未熟児網膜症による失明事例といわゆる『現代医学の水準』」判例タ

イムズ311号61-67頁（1974年）。同論文はその後「未熟児網膜症による失明事例——いわゆる『現代医学の水準』——」と改訂され松倉豊治『医学と法律の間』（判例タイムズ社、1977年）120-140頁に収められている。以下においては、論文集に収められたものから引用することにする。

(34) 松倉・前掲注(33) 128頁。

(35) 松倉・前掲注(33) 130-131頁。

(36) 松倉・前掲注(33) 131-132頁。

(37) 松倉・前掲注(33) 136-137頁。

(38) 伊藤文夫=山口齊昭「医薬品の添付文書、医療慣行と医師の注意義務——最一小判平成八年一月二三日を契機とした『医療水準』の規定要素に関する一考察」判例タイムズ957号43頁（1998年）。また、新美・前掲注(30) 75-76頁、新美育文「判批」判例タイムズ439号113頁（1981年）〔最高裁判所昭和54年11月11日判決の判例評釈〕。

(39) このことは、次の二点によっても裏付けることができるであろう。第一に、医療水準は、医学という学問を「反映する医療が現にどの程度にあるのか、またはあるべきなのかをいう『水準』を意味する」ものであり、すなわち「当為」も含むとされていること。第二に、水準は「本来医学自身が主体的に考えること」であり、単純に現在ある事実や状態が直ちに水準となるとは考えられていないと思われること、である。松倉・前掲注(33) 131頁。

(40) 東京高等裁判所（民事）判決時報11巻10号 2頁。

(41) その他、東京地方裁判所昭和39年5月29日判決（判例時報379号18頁）、大阪地方裁判所昭和40年2月25日判決（判例時報407号61頁）、東京高等裁判所昭和41年7月14日判決（判例時報463号33頁、前掲東京地方裁判所昭和39年5月29日判決の控訴審）、最高裁判所第一小法廷昭和44年2月6日判決（最高裁判所民事判例集23巻2号227頁、いわゆる水虫放射線障害事件最高裁判決。前掲東京地方裁判所昭和39年5月29日判決および東京高等裁判所昭和41年7月14日判決の上告審）、高知地方裁判所昭和47年3月24日判決（判例タイムズ277号199頁）、山形地方裁判所新庄支部昭和47年9月19日判決（判例時報694号98頁）、京都地方裁判所昭和48年10月19日判決（判例時報765号89頁）などが、岐阜地裁判決、長崎地裁判決以前に医療水準に類似する概念を用いた、あるいは言及した判決として挙げられる。もっとも、ここで用いられている医療水準という文言が、その後未熟児網膜症判決の中で生成された「医療水準」と同じ意義を有するかというと疑問もある。この点については、

岡林・前掲注(9)91-101頁に詳しい。

- (42) 前掲東京高等裁判所昭和41年7月14日判決。
- (43) 前掲最高裁判所第一小法廷昭和44年2月6日判決。
- (44) 植木哲『医療の法律学〔第3版〕』166-169頁(有斐閣、2007年)は、昭和40年代から後掲最高裁昭和57年3月30日判決が示されるまでの間は、「医師の注意義務は『医学水準』と同じものと考えられていた」、つまり概念的に医療水準とは異なるものであると指摘する。
- (45) ほかに、前掲大阪地方裁判所昭和40年2月25日判決、高知地方裁判所昭和47年3月24日判決、京都地方裁判所昭和48年10月19日判決・いずれも前掲注(41)も医療水準に類似の概念を責任否定の根拠とする。
- (46) 一連の水虫放射線傷害事件に関する判決においては、いずれも責任を肯定する根拠として医療水準に類似する概念を用いる。
- (47) これらの裁判例については、山口・前掲注(30)417-425頁、あるいは丸山英二＝尾澤彰宣「判批」別冊ジュリスト102号医療過誤判例百選218-221頁(1989年)〔最高裁判所昭和63年5月30日判決の判例評釈〕、および、丸山英二「判批」別冊ジュリスト140号医療過誤判例百選〔第2版〕165頁(1996年)〔最高裁判所平成7年6月9日判決の判例評釈〕において表にまとめられているので参照されたい。
- (48) 田中豊「判解」法曹時報48巻7号141頁(1996年)〔最高裁判所平成7年6月9日判決の判例解説〕によると「〔最高裁判所第二小法廷平成7年6月9日判決〕前に言い渡された最高裁判決だけでも二〇件」とあることからすれば、未公表判決を含めると、最高裁判決の数はさらに多いと推測できる。
- (49) 判例時報816号21頁。
- (50) 山口・前掲注(30)381頁は「松倉説を引用したと見られる『医療水準』概念は松倉論文の発表直後の3事件より既に見られ、その後の判決もほとんどが松倉説の影響を受けたものとなっている。これは、医療側が積極的に松倉説を引用して自らの主張を根拠づけたためであり、松倉説が医療側の主張を代弁したものであるという証拠がここにみと取れる」と説く。また、植木・前掲注(44)170頁も「このような判決の書き方は松倉教授の指摘を念頭においていることは明らかであろう」と述べる。
- (51) 松倉・前掲注(33)128頁。
- (52) 山口・前掲注(30)381頁も、訴訟における医療側の主張が「本来の松倉説と違って、『医療水準』概念を、規範的概念として取り入れ」たとする。そして、これ

につき「裁判所もこのような解釈に、ある程度は影響を受けたものとみられる」と分析する。

- (53) 大阪地裁昭和51年5月12日判決のほかに、浦和地方裁判所昭和52年3月31日判決（判例時報846号24頁、上尾中央病院未熟児網膜症訴訟第一審判決）、静岡地方裁判所昭和52年6月14日判決（判例時報860号22頁、とりわけ39頁以下）那覇地方裁判所昭和53年3月27日判決（判例時報908号82頁）、高松地方裁判所丸亀支部昭和53年3月31日判決（判例時報908号82頁とりわけ90頁以下、坂出市立病院未熟児網膜症訴訟第一審判決）、浦和地方裁判所昭和53年4月20日判決（判例タイムズ364号151頁）、東京地方裁判所昭和53年9月7日判決（判例時報901号43頁、クロロキン網膜症訴訟第一審判決）、福岡地方裁判所小倉支部昭和53年10月3日判決（判例タイムズ368号153頁、北九州市立八幡病院未熟児網膜症訴訟第一審判決）、釧路地方裁判所網走支部昭和54年1月19日判決（判例時報924号92頁）、神戸地方裁判所昭和54年3月28日判決（判例時報938号98頁）、高松地方裁判所昭和55年3月27日判決（判例時報975号84頁）、名古屋地方裁判所昭和55年6月25日判決（判例時報993号79頁、名古屋掖済会病院未熟児網膜症訴訟第一審判決）、福岡地方裁判所小倉支部昭和55年9月1日判決（判例時報993号106頁、すでに相対説を採用）など。
- (54) 前掲注（53）。
- (55) 判例時報908号90頁。
- (56) 福岡地方裁判所小倉支部昭和53年10月3日判決・前掲注（53）も同様の判断枠組みを示す。また、名古屋地方裁判所昭和55年6月25日判決・前掲注（53）は、この判断枠組みに従ったうえで医療水準につきごく詳細に検討を加えている。
- (57) 前掲注（10）。
- (58) このような医療水準の位置づけは、この判決のほかに、同時期になされた最高裁判所第二小法廷昭和54年11月13日判決・前掲注（24）においても認められているものと考えてよいであろう。ただし、同判決は、医療水準という言葉は用いておらず、医学水準という言葉を用いるが、しかしここで用いられている医学水準は医療水準と区別して用いられているのではないと考えられる。
- (59) 治療法の普及度と訴訟の結論の関係については、山口・前掲注（30）361-425、とりわけ380-394頁において詳細な検討が加えられている。
- (60) 名古屋高等裁判所昭和61年12月26日判決（判例時報1234号45頁）。
- (61) 当該事件における地域性についてはこれとは別個に検討されている。
- (62) 判例時報975号84頁。

- (63) 判例タイムズ625号205頁
- (64) 稲垣喬「未熟児網膜症判決の分析」同『医事訴訟理論の展開』243頁(日本評論社、1992年)、野田寛「未熟児網膜症訴訟の現状」ジュリスト839号85頁(1985年)。
- (65) 最高裁判所第三小法廷昭和60年3月26日判決(最高裁判所民事判例集39巻2号124頁)。主な評釈として、野田寛「判批」ジュリスト839号85-89頁(1985年)、稲垣喬「判批」民商法雑誌94巻2号264-277頁(1986年)、手嶋豊「判批」法学論叢119巻1号94-104頁(1986年)、松浦以津子「判批」法学セミナー31巻3号55頁(1986年)、徳本鎮「未熟児網膜症と眼科医の過失」ジュリスト862号昭和60年度重要判例解説79-80頁(1986年)、畔柳達雄「判批」年報医事法学2号119-126頁(1987年)、吉田邦彦「判批」北大法学論集39巻2号415-425頁(1988年)、柴田保幸「判批」法曹時報41巻6号103-122頁(1989年)、潮海一雄「判批」別冊ジュリスト105号民法判例百選Ⅱ 債権〔第3版〕164-165頁(1989年)がある。
- (66) 未熟児網膜症の治療研究者11名による研究班(厚生省特別研究費補助金昭和49年度研究班)による。なお、1983(昭和58)年9月には、厚生省昭和57年度研究班による「未熟児網膜症の分類(厚生省未熟児網膜症診断基準、昭和49年度報告)の再検討について」が発表されている。
- (67) 稲垣・前掲注(65)264-277頁、徳本・前掲注(65)79-80頁、もこのように解する。もっとも、すでに福岡高等裁判所昭和57年6月21日判決(判例タイムズ479号172頁)が昭和49年度厚生省研究班報告「未熟児網膜症の診断および治療基準に関する研究報告」発表の時期をもって光凝固法が医療水準として確立した(定着した)との判断を示している。
- (68) 判例時報1265号75頁。判例評釈として足立哲「判批」判例タイムズ706号昭和63年度主要民事判例解説92-93頁(1989年)、須田清「判批」日本法学55巻2号151-175頁(1989年)、野田寛「判批」法律時報60巻10号110-113頁(1988年)がある。
- (69) 手嶋豊「判批」法学教室183号85頁(1995年)、金川琢雄「判批」判例時報1549号〔判例評論444号〕185-189頁(1996年)。(いずれも、最高裁判所平成7年6月9日判決の判例評釈)
- (70) たとえば、大阪高等裁判所昭和59年5月29日判決(判例タイムズ528号93頁)、広島地方裁判所平成元年11月15日判決(判例時報1334号21頁)、大阪地方裁判所平成元年11月24日判決(判例時報1352号109頁)、仙台高等裁判所平成3年5月20日判決(判例タイムズ768号208頁)、熊本地方裁判所平成5年3月29日判決(判例タイムズ825号211頁)など。その他、昭和49年度研究班報告「未熟児網膜症の診断およ

び治療基準に関する研究」により光凝固法の適応や方法などにつき統一的な基準が示されたと判断し、これ以前には未熟児網膜症に対する治療法は医療水準として確立していなかったと判断する判決として、大阪高等裁判所昭和59年12月20日判決（判例タイムズ549号305頁）、札幌高等裁判所昭和61年5月28日判決（判例タイムズ626号187頁）など。

(71) このような現象につき、植木・前掲注（44）171頁は「この結果、未熟児網膜症においては昭和50年線引き論が医師の注意義務違反を決する決めてとされ、もっぱら患児の出生時期だけが救済の鍵を分けることになった。すなわち……機械的・画一的な処理が主流を占めたのである。このような判定は裁判所にとっては楽であるが、これにより患者受難の時期が続くことになった」と批判する。

(72) 札幌地方裁判所昭和61年6月5日判決（判例タイムズ604号63頁）。

(73) ほかに、京都地方裁判所昭和62年12月11日判決（判例時報1279号55頁）は、未熟児網膜症のなかでも劇症型については、昭和49年度研究班報告「未熟児網膜症の診断および治療基準に関する研究」によっても治療法は確立していないとし、広島地方裁判所平成4年10月12日判決（判例タイムズ798号97頁）は「昭和四九年度研究班報告によって示された内容の本症の診断基準及び治療基準（酸素投与の行われた未熟児に対する定期的な眼底検査の実施）が、同報告の発表以前に、一般の産婦人科の開業医の医療水準として確立し、それに反することがその法的義務に反するとまでいい得る状態に達していたということではできず、右状態に達するためには、同報告の内容が発表され、かつ、それが一般の産婦人科の開業医にまで広く知られるに至るのを待つ必要があると考えるべきであり、そうだとすると、同報告の発表後なお相当の期間を要したものとわざるを得ない」とする。また、神戸地方裁判所昭和63年7月14日判決（最高裁判所民事判例集49巻6号1540頁）は、「厚生省研究班の報告につき同五七年度の研究班において2型の臨床経過がより明確にされるなど本症克服の努力が続けられたが、本症の発生機序は現在も十分には解明されていない」と述べている。なお、この点につき、畔柳・前掲注（20）187頁は、「光凝固法の有効・無効につき、専門家間に、深刻な対立・論議があった場合、当然ではあるが、その判定は、専門家である公平な第三者集団にゆだねられるべきである」と述べる。

(74) 松倉・前掲注（33）136頁。

(75) 松倉・前掲注（33）135頁。

(76) 新美・前掲注（30）76頁。

- (77) 新美・前掲注(30)76頁。また、新美・前掲注(38)113頁も「松倉説は、『医療水準』を医学理論的評価によって定まるものと捉える立場に立つもの」であることから松倉説における医療水準を「医学規範説」と位置づける。
- (78) 中谷・前掲注(10)193頁。
- (79) そのほか、遠藤・前掲注(21)28頁も「『医療水準』の内容となる知識の普及度及び経験度がそれ自体個別的・地域的に認定されるべき性質物もだから」、「従来、過失判断の具体的基準とされてきた専門性、地域性、緊急性をそれ自体独立して過失判断のメルクマールとして昨日する余地は少なくなつたものと考えられる」と述べる。
- (80) しかし、「内容を直截に表しているとはいえない」という理由から「法規範説」と称されることもある。新美・前掲注(30)78頁参照。しかし、相対説と法規範説は次元を異にするのではないかと考える。この点については本文中で後述する。
- (81) 田中・前掲注(48)149頁。
- (82) 松倉・前掲注(33)132頁。
- (83) 松倉・前掲注(33)132、136-137頁。
- (84) たとえば、滝井=藤井・前掲注(10)13頁による松倉説の説明も、この点のみ着目し「この見解は簡明であるが、これによれば、ある医療行為が医療水準となるのは、一線の開業医にほぼ定着した時ということになり、仮にここでいう開業医を専門医と解しても、水準化する時期は極めて遅くなる」と述べる。また、明確に相対説を採るわけではないが、宮川=押田・前掲注(25)147頁も「大学病院など先端の治療が期待される医療機関においても当該医療行為に関しては特にそのことを求められて承諾をしない限り、水準以上の治療の法的義務を負わないということになり、これも不合理である」とする。批判はしないものの、松倉説に関して同様の理解をしていると思われるものとして、さしあたり滝井繁男「医療水準論に関する一考察」法律時報56巻6号83-84頁(1984年)田中・前掲注(48)148頁、山口・前掲注(30)362頁などを挙げておく。
- (85) さしあたり、山口・前掲注(30)362頁、西野喜一「医療水準と医療慣行」太田幸夫編『新・裁判実務体系 第一巻 医療過誤訴訟法』108頁(青林書院、2000年)など。
- (86) 田中・前掲注(48)144頁にも同様の指摘がある。
- (87) 中谷・前掲注(10)193頁。ここでは、医療水準が「地域性、医師の専門性、医療機関の性質や規模」を加味して判断されなければならないと述べられているが、

ここで引用されている文献（加藤一郎「医師の責任」我妻遯磨『損害賠償責任の研究（上）』519頁〔有斐閣、1957年〕の引用がある）を見ると、医師の過失の判定において、その医師のおかれている具体的な環境や条件も考慮すべきであると述べられているのみで、医療水準の画定方法には触れていない。また、橋本雄太郎「医療水準論に関する一考察」法学研究〔慶應義塾大学〕60巻2号319-320頁（1987年）も、アメリカにおける standard of care の議論を引き合いに出し「地域性ルール（Locality Rule）とか慣行（Custom）ということが論じられているのである」としたうえで、いわゆる三宅島緑内障誤診事件を例示し相対説を採用。曰く、「医師の専門性、医療機関の性質や規模などといった個別具体的な要素を加味して現実の判断基準としなければ、当該医師に過酷な責任を負わせることになってしまう虞があり」、「過失の有無を判断する医療水準とは、……医師の置かれた環境、例えば、所属医療施設の特質、地域性などからくる制約も十分考慮された具体的な基準をいう、と概念づけられる」。ここでも、過失判断基準と医療水準は明確に分けられていないように思われる。

(88) 判例時報993号106頁。

(89) その他、京都地方裁判所昭和62年12月11日判決（判例時報1279号55頁）も同趣旨のことを述べる。

(90) この補足意見については「医学の進歩のうちに新しい診断治療方法が提唱されることになるが、その有効性や安全性が一般に定着して承認されるまでには時間を要するから、医師の注意義務を定める基準となる医療水準が何かは判断がきわめて難しい問題である。その定め方によっては、医師に難きを強いることにもなるし、また新しい診断治療方法を患者がうける機会を奪うことにもなる。私は、この補足意見で、普遍的な医療水準に達したときに一律に光凝固法を施すことが医師の義務になるというのではなく、相対的に考えるべきものとしたのである。裁判においての苦悩にみちた判断の一端を補足意見で示したものとえようか」と伊藤正己『裁判官と学者の間』358頁（有斐閣、1993年）において述べられている。

(91) 最高裁判所第三小法廷平成8年1月23日判決・後掲注（101）。「医療水準は、医師の注意義務の基準（規範）となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちに言うことはできない」と判示した。この判決については本章の後半で詳しく扱う。

(92) 最高裁判所民事判例集49巻6号1499頁。判例評釈として、稲垣喬「判批」判例

タイムズ884号59-69頁(1995年)、田中豊「判批」ジュリスト1077号111-114頁(1995年)、手嶋・前掲注(69)84-85頁、岡林伸幸「判批」名城法学46巻1号197-225頁(1996年)、金川・前掲注(69)185-189頁、田尾桃二「判批」法の支配102号81-87頁(1996年)、田中・前掲注(48)130-162頁、手嶋豊「判批」私法判例リマーカーズ(13)〈1996〔下〕〔平成7年度判例評論〕〉40-43頁(1996年)、手嶋豊「判批」判例セレクト'95〔法学教室186別冊付録〕21頁(1996年)、寺沢知子「判批」阪大法学46巻4号151-164頁(1996年)、新美育文「判批」ジュリスト1091号平成7年度重要判例解説63-65頁(1996年)、平沼高明「判批」ほうむ〔安田火災海上〕41号66-77(1996年)、丸山・前掲注(47)162-167頁、平沼高明「判批」賠償医学22号79-84頁(1997年)、山口成樹「判批」民法の基本判例〈第2版〉〔法学教室増刊基本判例シリーズ2〕163-166頁(1999年)、手嶋豊「判批」別冊ジュリスト160号民法判例百選(2)―債権〔第5版〕164-165頁(2001年)、田中豊「判批」最高裁判時の判例Ⅱ〔平成元年～平成14年〕私法編1〔民法〕〔ジュリ増刊〕207-210頁(2003年)、手嶋豊「判批」別冊ジュリスト183号医事法判例百選142-144頁(2006年)、筈井卓矢=畑中綾子「クロストーク医療裁判(1)医療機関に求められる医療水準とは——最高裁平成7.6.9判決の事例から」病院65巻3号234-237頁(2006年)がある。

(93) もっとも、ここでは債務不履行責任のみ妥当するものとして判断枠組みが示されている。

(94) 新美・前掲注(30)78頁。

(95) さしあたり、宮川=押田・前掲注(25)149頁など。

(96) 新美・前掲注(30)78頁。

(97) 幾代通著/徳本伸一補訂『不法行為』40頁(有斐閣、1993年)。

(98) 我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為』105頁(日本評論社、1937年)も「標準となる注意の程度は行為者自身の平常の注意程度ではなく、法律が社会共同生活の一員として要求する程度の注意である」とする。また、加藤一郎『不法行為〔増補版〕法律学全集22-II』70頁(有斐閣、1974年)も「不法行為の場合に問題になるのはこのうちの抽象的過失であって、具体的過失が問題となることはない」とする。ほかに、前田達明『現代法律学講座14 民法VI 2 (不法行為法)』42-48頁(青林書院、1980年)、潮見佳男『不法行為法』162-164頁(有斐閣、1999年)、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為〔第3版)』183頁(有斐閣、2001年)、吉村良一『不法行為法〔第3版)』70頁(有斐閣、2005年)など。

- (99) 新美・前掲注(30) 81頁も「もっとも、右最高裁判決が示す、医師ないし医療機関の過失ないし注意義務違反の判断構造そのものは、医学規範説の説くところと基本的に異なる点はない」と指摘する。
- (100) 稲垣・前掲注(92) 64頁。
- (101) 手嶋・前掲注(69) 85頁。
- (102) 金川・前掲注(69) 187頁。さらに、ここでは、相對説の考え方に対して「このような考え方は、下級審裁判所でも判示されており……、また、学説上もいわゆる規範的医療水準論として主張されていたもの……で妥当なものと思われる」と評価する。
- (103) その他、さしあたり寺沢・前掲注(92) 151-164頁など。
- (104) 判例時報1196号107頁。主な判例評釈として、中田昭孝「判批」ジュリスト868号58-59頁(1986年)、稲垣喬「判批」判例時報1212号〔判例評論335号〕203-206頁(1987年)、浦川道太郎「判批」ジュリスト887号昭和61年度重要判例解説78-79頁(1987年)、新美育文「判批」判例セレクト'86〔月刊法学教室77別冊付録〕24頁(1987年)、丸山=尾澤・前掲注(47) 212-223頁など。
- (105) 判例時報1450号70頁、医師の過失を否定。判例評釈として稲垣喬「判批」判例タイムズ808号47-55頁(1993年)、手嶋豊「判批」民商法雑誌108巻1号109-114頁(1993年)、松村弓彦「判批」NBL532号56-59頁(1993年)、稲垣喬「判批」法律時報別冊私法判例リマークス8号74-78頁(1994年)、河上正二「判批」年報医事法学9号127-132頁(1994年)、潮海一雄「判批」別冊ジュリスト137号民法判例百選Ⅱ債権〔第4版〕164-165頁(1996年)がある。
- (106) 山口・前掲注(30) 363頁は「医師の過失判断の基準が『医療水準』そのものであることは、かつてより、あらゆる裁判所で認められていた」とし、平成7年6月9日判決が「『医療水準=医師の過失判断の基準』を確認した」とする。
- (107) 最高裁民事判例集50巻1号1頁。判例評釈として、大橋弘「判批」ジュリスト1097号134-135頁(1996年)、松野嘉貞「判批」別冊ジュリスト140号医療過誤判例百選〔第2版〕90-91頁(1996年)、稲垣喬「判批」年報医事法学12号119-124頁(1997年)、浦川道太郎「判批」法律時報別冊私法判例リマークス44-47頁(1997年)、手嶋豊「判批」ジュリスト1109号120-123頁(1997年)、手嶋豊「判批」ジュリスト1113号平成8年度重要判例解説78-80頁(1997年)、升田純「判批」NBL623号72-78頁(1997年)、松原昌樹「判批」判例時報1588号〔判例評論457号〕203-207頁(1997年)、植垣勝裕「判批」判例タイムズ945号平成8年度主要民事判例解説70

-71頁(1997年)、滝沢聿代「判批」成城法学53号201-212頁(1997年)、大槻弘「判解」法曹時報51巻2号163-182頁(1999年)、大橋弘「判批」ジュリスト増刊最高裁時の判例〔平成元年～平成14年〕〔2〕——私法編1〔民法〕211-212頁(2003年)、川嶋知正＝小島彩「クロストーク医療裁判(2)医療慣行と医療水準をめぐって最高裁平成8年1月23日判決の事例から」病院65巻4号326-329頁、小西知世「判批」別冊ジュリスト183号医事法判例百選148-149頁(2006年)がある。

(108) なお、この患者は1997(平成9)年に死亡している。読売新聞社会部『ドキュメント弁護士 法と現実のはざまで』148-151頁(中央公論新社、2000年)参照。

(109) その他、本件事故の発生原因や因果関係についても問題とされているが、さしあたりここではとりわけ過失有無の判断に着目することとする。

(110) 名古屋地方裁判所昭和60年5月17日判決。

(111) 名古屋高等裁判所平成3年10月31日判決。